

JUDITH MARTINS-COSTA
VÉRA JACOB DE FRADERA

Organizadoras

ESTUDOS DE DIREITO PRIVADO E PROCESSUAL CIVIL

EM HOMENAGEM A CLÓVIS DO COUTO E SILVA



Adalberto Pasqualotto · Adroaldo Furtado Fabrício · Almiro do Couto e Silva
· Anelise Becker · Araken de Assis · Arnaldo Wald · Claudio Fortunato Michelin Jr.
· Gerson Luiz Carlos Branco · Gilberto Deon Correa · Gustavo Haical
· Humberto Theodoro Junior · Judith Martins-Costa · Luis Renato Ferreira da Silva
· Marcos Bernardes de Mello · Rodrigo Xavier Leonardo · Ruy Rosado de Aguiar
· Vasco Della Giustina · Véra Jacob de Fradera

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martins, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Maurício Zednik Cassim e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite e Samanta Fernandes Silva

Assistentes Documentais: Beatriz Biella Martins, Karen de Almeida Carneiro, Victor Bonifácio

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativa: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Capa: Chrisley Figueiredo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Estudos de direito privado e processual civil : em homenagem a Clóvis do Couto e Silva / Judith Martins-Costa, Véra Maria Jacob de Fradera, organizadoras. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014

Bibliografia
ISBN 978-85-203-5431-5

1. Direito civil 2. Direito civil – Brasil 3. Direito privado 4. Direito privado – Brasil 5. Silva, Clóvis do Couto e I. Martins-Costa, Judith. II. Fradera, Véra Maria Jacob de.

14-07517

CDU-347(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito civil 347(81) 2. Brasil : Direito privado 347(81)

LIÇÕES DE TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS – 1990). Especializado em Direito Comunitário pela École Nationale de La Magistrature de France (1997) e em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS – 1975). Foi Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (MPERS – 1963-1980), Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (TARS – 1980-1985), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS – 1985-1994) e Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ – 1994-2003). Lecionou Direito Civil no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na qual se aposentou. Atualmente, é professor convidado da Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris) e advogado.

RESUMO: Este texto recupera lições de Clóvis do Couto e Silva, quando lecionava nos cursos de graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, na década de 1970. As anotações, tomadas em sala de aula por suas alunas, demonstram, embora a informalidade do registro, a preocupação e o conhecimento de Clóvis do Couto e Silva por questões até hoje objeto de decisões, teses e controvérsia nos meios jurídicos nacionais, sobretudo acerca da Teoria geral das obrigações.

PALAVRAS-CHAVE: Lições de Clóvis do Couto e Silva – Graduação – Faculdade de Direito da UFRGS – Teoria geral das obrigações.

ABSTRACT: This text recovers lessons, taught by Clóvis do Couto e Silva in the undergraduate program of UFRGS Law School, in the 1970's. Such notes, taken by students during classes, show, despite of their informal style, the concern and the knowledge of Clóvis do Couto e Silva regarding matters that until today are subject of court decisions, thesis and controversies in the national legal field, mainly in regard of the General Theory of Obligations.

KEYWORDS: Clóvis do Couto e Silva lessons – Law school – Undergraduate program of UFRGS – General theory of obligations.

I. No Livro de Atas do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, consta que, no dia 10.11.1980, foi “apreciado o Projeto de Pesquisa apresentado pelo Professor Clóvis Veríssimo

do Couto e Silva, sobre Teoria Geral das Obrigações, pesquisa essa desenvolvida sem prejuízo da atividade didática, à qual, dentro de um regime previsto de 40 horas, seriam dedicadas 20 horas. Depois de devidamente examinado pelos membros presentes do Colegiado, o Projeto de Pesquisa foi aprovado por unanimidade”.

Na justificativa então apresentada, o autor explicou: “O Projeto tem uma base prévia e constitui-se na atualização do livro *Obrigações como Processo*, com a feitura desses capítulos novos [multiplicidade de pessoas na relação obrigacional, teoria do inadimplemento e dever de indenizar], através dos quais se complementaria uma teoria geral das obrigações”. A sua preocupação era a de escrever um livro “de inegável interesse didático, pois é sabido que os livros atuais desse importante setor do Direito Civil, na generalidade, não refletem o estágio atual da Ciência do Direito”.

O Projeto não chegou ao fim, com a morte prematura do grande jurista. Mas seus trabalhos foram reunidos em publicação coordenada pela Profa. Véra Maria Jacob de Fradera, cujo primeiro volume veio a lume em 1997 (*O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado), que ainda será seguido de outros, a nos dar uma noção da produção intelectual do nosso homenageado.

II. Nessa busca de compilação das ideias de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, penso oportuno aproveitar precioso material de suas aulas no curso de graduação, na cátedra de Direito Civil, assim como registradas e gravadas por seus alunos de então (1973 e 1974), versando sobre matéria que ele certamente incluiria na projetada Teoria Geral das Obrigações. Naquele tempo, era sua assistente de aula a Dra. Verena Nygaard Becker, e os textos me chegaram por gentileza da Dra. Marly Terezinha Tregnago Panichi, aluna da graduação e, mais tarde, do Curso de Mestrado sob orientação do Professor Clóvis.

III. O que segue são tópicos constantes das lições de aula, independente de ordem, com as imperfeições próprias do modo pelo qual foi feito o registro, e com as deficiências do presente apanhado, de sorte que não se podem imputar ao mestre os equívocos, porventura, existentes.

IV. Estão resumidos apanhados de aula sobre os seguintes temas: 1. Contrato bilateral – 2. Exercício da pretensão – 3. Alternativa do credor – 4. Fatos supervenientes – 5. Responsabilidade pré-contratual – 6. Mora – 7. Lucro cessante – 8. Formação do contrato – 9. Carta de intenção – 10. Interpretação – 11. Vício redibitório – 12. Evicção – 13. Boa-fé.

1. Contrato bilateral. Na teoria dos fatos jurídicos, a teoria dos contratos é o capítulo mais importante e, na classificação dos contratos, a primeira categoria que interessa é a dos contratos bilaterais, que se distinguem pela gênese ou pelos efeitos. Dizendo-se que o contrato é bilateral quanto à gênese, está-se dizendo que para sua existência e eficácia houve a manifestação de vontade de duas partes, embora o efeito possa ser somente em favor de uma delas. É o contrato bilateral genético. A

doação é um contrato bilateral genético, porque exige a vontade de doar e a aceitação. Mas a obrigação é apenas do doador, na doação pura.

O sinalagma genético significa que, se uma das prestações não puder nascer para uma das partes, como ele é indissolúvel, nada nasce para a outra parte também. Em outras palavras, se o contrato for, desde o início, impossível, nos casos de impossibilidade objetiva, não sendo possível cumprir a promessa por uma das partes, a outra promessa deixa de ter qualquer eficácia jurídica, ou seja, o negócio jurídico nasce, ele é contrato, mas nasce sem produzir nenhum efeito, porque nasce nulo. Portanto, o fato da sinalagmaticidade genética importa para esses casos, uma vez que o sinalagma genético constitui a causa mesma, a causa interna de todo o negócio jurídico.

Por outro lado, há a classificação dos bilaterais pelos efeitos, são os contratos bilaterais funcionais. Nestes, em regra, há obrigações conexas ou correspectivas, que caracterizam os denominados contratos sinalagmáticos, os quais, além da manifestação da vontade de duas partes, geram obrigações vinculadas de uma maneira específica, correspectivas: ambas as partes devem prestar. Pode haver bilateralidade funcional, sem que haja sinalagmaticidade, isto é, sem a vinculação correspectiva.

No sinalagma funcional, as prestações que se prometeram (formando o sinalagma genético) sofrem um específico tratamento jurídico, que varia conforme a legislação. A maioria das legislações prevê duas possibilidades: (a) exigir o cumprimento específico ou (b) exercer o direito de resolução.

O art. 1.092, parágrafo único, do CC/1916 (hoje art. 475 do CC/2002) contempla um mecanismo específico, que é o direito à resolução. No Direito Romano, para a maioria dos contratos, não havia esse direito de exercer o direito formativo de resolver, pois o que havia antes era a simples possibilidade de cada um dos contraentes executar a sua prestação. Foi sob a influência do Direito Canônico que se expandiu o direito de resolver, admitindo-se que, em todo negócio jurídico sinalagmático, havia uma condição subentendida que autorizava uma das partes do contrato sinalagmático a exigir a resolução do contrato, se a outra parte não o cumprisse.

No Direito Romano, sempre se fazia uma distinção muito profunda quanto ao tratamento jurídico entre os contratos nominados, isto é, aqueles que tinham uma estrutura tipificada, e aqueles outros que não a tinham, e, conseqüentemente, não gozavam de um tratamento jurídico unificado, que eram os contratos que não tinham nome, os contratos inominados. Os contratos tipificados tinham, cada um, uma ação específica. Os contratos inominados geravam duas ações: a ação para haver aquilo que se havia prometido, a chamada *actio praescriptis verbis*, e a ação de resolução, chamada *condictio causa data*, a significar que, tendo sido dada alguma coisa para uma finalidade, e essa finalidade não se cumpria, cabia a ação pessoal, a *condictio*. O tratamento dos contratos inominados é, mais ou menos, nas suas linhas gerais, o tratamento jurídico do contrato em geral hoje: uma ação para haver o que se prometera, uma ação para resolver por descumprimento.

2. Exercício da pretensão. Nos contratos sinalagmáticos, com prestações correspondentes, com recíproca vinculação, tem-se que a regra geral é a de que ambos os contratantes devem prestar ao mesmo tempo (salvo se houver regra legal ou contratual dispondo que um deve prestar antes, como na compra e venda). E, se nenhum tem de prestar por antecipação, desde logo se conclui que aquele que vai exigir a prestação da outra parte deve ter prestado a sua. Historicamente, duas foram as soluções possíveis: (a) ou desde logo o juiz examinaria a situação e verificaria que o requerente não havia prestado e obstaculizava o exercício da sua pretensão. Nesse caso se diria que a exceção de inexecução contratual seria uma objeção e, portanto, em termos de Direito processual, a prestação prévia seria uma condição da ação. Em outras palavras: a parte que não prestou previamente (mediante pagamento, depósito ou consignação), não poderia exigir o cumprimento do contrato. É uma solução radical: efetuar a prestação como condição para o exercício da pretensão, cabendo ao juiz de ofício repelir a pretensão, se desatendida a condição. (b) Solução menos radical permite o exercício da pretensão e, se a outra parte não exercer a sua exceção de contrato não cumprido, deverá prestar, podendo depois exigir que o outro também preste.

3. Alternativa do credor. No atual mecanismo dos contratos sinalagmáticos, duas coisas podem ocorrer: (a) ou a parte, cumprindo a obrigação que lhe cabe, exige que a outra preste o que deveria prestar; (b) ou, se preferir (há sempre esta alternativa), diante do inadimplemento da outra, exerce o direito de resolução, previsto no parágrafo único do art. 1.092 do CC/1916, (hoje, art. 475 do CC/2002), com direito a perdas e danos; no sistema alemão só há resolução, não há propriamente perdas e danos.

Os contratos bilaterais têm outro mecanismo específico, que se chama exceção de contrato não cumprido, ou exceção de contrato não exatamente cumprido. Na hipótese de a parte que exige a prestação não ter ainda cumprido o que lhe competia cumprir antes, cabe à demandada oferecer a exceção de contrato não cumprido, se não houve nenhum cumprimento, ou de contrato não exatamente cumprido, se houve um cumprimento defeituoso (na forma latina: *exceptio inadimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus*). É uma exceção dilatória (não peremptória) porque a outra parte não perde o direito, apenas dilata a situação.

4. Fatos supervenientes. Sob o mecanismo do sinalagma há uma realidade subjacente, que são os fatos econômicos que o contrato visa a regular. O Direito examina, em primeiro lugar, a parte formal, o mecanismo pelo qual se contratou e permite a exigência da prestação, ou da resolução. Mas, se o contrato for para durar durante algum tempo, pergunta-se: é de admitir-se a influência de certos fatores que atuam sobre a realidade econômica regulada pelo contrato? A filosofia deste mecanismo, que se chama bilateralidade, pode revelar: 1.º Qual o grau de influência que podem ter as modificações ocorridas nos fatos econômicos sobre o mecanismo mesmo? 2.º Há ou não uma projeção desses fatos econômicos sobre esse mecanismo? 3.º A equivalência das prestações é meramente *subjativa*, uma vez que

o contrato é manifestação livre das partes, que podem se vincular de acordo com sua vontade, sem considerar qualquer outro argumento (a equivalência existe, porque as partes assim o quiseram, embora não haja nenhum fator objetivo de equivalência), ou as prestações a que se vinculam as partes em um contrato devem ser encaradas também sob o aspecto *objetivo*, isto é, equivalência dos valores reais?

As respostas revelam a filosofia do sinalagma, que nem sempre foi a mesma. Historicamente, essa filosofia foi proposta de duas formas.

a) Antes da filosofia liberal, prevaleceu a ideia de que deveria haver equivalência objetiva, sobretudo na época em que usura e as formas indiretas eram fortemente combatidas. Exigia-se que houvesse equivalência, caso contrário o negócio seria usurário, em que haveria para um dos figurantes ganho muito superior ao do outro. É a lesão enorme ou a lesão enormíssima. As nossas Ordenações Filipinas consagraram essas figuras, e assim também alguns códigos modernos, como o Código Civil austríaco. A desproporção muito grande (mais de 20% ou mais da metade) daria margem à rescisão (esse é o termo correto) do negócio jurídico. Os códigos que assim disciplinam têm uma concepção não totalmente objetiva, mas fortemente objetiva do sinalagma, no sentido de que deve existir certa harmonia de valores nas contraprestações.

b) Os Códigos que não contemplam a figura da lesão enorme ou da lesão enormíssima (como ocorria com as nossas Ordenações) têm no sinalagma um conceito de equivalência subjetiva. O sinalagma seria um mero instrumento formal, um meio pelo qual se opera o escambo dos bens, mas sem que se leve em conta qualquer noção de equivalência. Segundo essa hipótese, pouco hão de interessar os valores reais, os valores econômicos que serviram de base a esse mecanismo.

c) Mas há uma forma mista, em que, por força de interpretação, se entende, em princípio, que a equivalência seja subjetiva no momento em que se realiza o contrato. Entretanto, naqueles contratos que devem durar um longo período de tempo, tais sejam as modificações por que possam ter passado as condições econômicas relativas aos bens, objeto do contrato, sendo elas excessivamente graves, capazes de modificar a base do negócio jurídico, nesse caso seria possível recompor a harmonia que se destruiu, ou resolver o negócio jurídico. É a teoria da base do negócio jurídico, de origem inglesa, que permite a recomposição do contrato mediante a atividade do juiz. Essa recomposição consiste em vincular o sinalagma às realidades econômicas, que justificam a recomposição se, entre a data da formação e a da execução, houver modificação profunda.

Hoje (década de 70) nós temos no Brasil uma grande dificuldade jurisprudencial de admitir a influência dos fatos supervenientes, permitida apenas em casos excepcionalíssimos, admitida nas dívidas de valor e no mercado de capitais. Portanto, no CC/1916 e na prática, a concepção é nitidamente subjetiva (Obs.: O CC/2002 alterou substancialmente essa orientação, até então predominante, assim como relatado pelo Professor, e dispôs sobre a lesão, desproporção objetiva presen-

te no momento da celebração (art. 157), e sobre a onerosidade excessiva por fato superveniente, arts. 478 e 479).

5. Responsabilidade pré-contratual. O negócio jurídico nulo não produz efeito, de modo que seria errado dizer-se que da nulidade de um negócio jurídico surge um dever de indenizar. Discute-se qual a fonte desse dever. Assim pode acontecer em negócio jurídico nulo por vício de forma, causado exclusivamente por uma das partes, em que a outra confiou na sua validade. Quem causou a nulidade fica com o dever de indenizar, mas a fonte desse dever não pode ser o negócio jurídico, que é nulo. A solução se desloca para o campo da denominada *culpa in contrahendo*.

6. Mora. Incorre em mora o devedor que não cumpre a obrigação no modo e no tempo previstos no contrato (art. 1.056 do CC/1916; atual art. 394 do CC/2002). Devemos, entretanto, atentar para o fato de que a mora do devedor supõe sempre a falta do devedor. Diz o art. 963 do CC/1916 (atual art. 396 CC/2002): “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. Então, somente incorrerá em mora o devedor que não cumpriu, por uma razão qualquer, a ele imputável.

Temos de fazer uma distinção: se a mora é purgável ou não. A purgação da mora é uma segunda oportunidade que se dá ao devedor de prestar e de se liberar da obrigação, pois estar em mora não significa sempre que o devedor não possa mais prestar. Temos então a purgação da mora, que é o adimplemento tardio, podendo o devedor se liberar da obrigação efetuando a prestação prometida juntamente com as perdas e danos que o credor sofreu com o atraso da prestação. Em princípio, a mora é purgável. Mas, se o credor perder o interesse na prestação, não haverá possibilidade de purgar. O próprio contrato pode prever que, não cumprida a obrigação na data prevista, a prestação não terá mais interesse para o credor, que assim não poderá mais ser efetuada.

O credor que tiver interesse em manter o contrato poderá promover ação condenatória contra o devedor para apanhar, do patrimônio do devedor, aquele bem que ali se encontra e que ele não quis entregar. Ainda, o credor poderá ter perdido o interesse de receber aquela prestação (o que exclui a purga da mora), mas ter interesse em exigir o equivalente, mais perdas e danos, mantendo o contrato. Com a mora e a perda do interesse em receber a prestação ou o seu equivalente, o credor pode promover a resolução do contrato, com direito de receber indenização pelas perdas e danos. O direito a perdas e danos existe, porque houve ato ilícito relativo do devedor.

Uma das razões para o descumprimento do contrato está na impossibilidade da prestação. A anterior ao momento da prestação, sem culpa, libera o devedor. Mas se presume sempre que ela foi com culpa. O princípio de que a culpa não se presume não se aplica aqui, porquanto é fácil ao devedor provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, e difícil ao credor provar a culpa do devedor.

7. Lucro cessante. A indenização por perdas e danos devida como consequência da inexecução das obrigações está prevista no art. 1.059 e ss. do CC/1916 (art. 402 e ss. do CC/2002), compreendendo os danos emergentes e os lucros cessantes.

Quanto aos lucros cessantes, exige o Código, em primeiro lugar que correspondam ao que o credor razoavelmente deixou de lucrar. Se, por um lado, existe o princípio de que a indenização deve ser completa, por outro lado, está o princípio da limitação da indenização ao dano efetivamente sofrido pelo lesado, de maneira que não se há de admitir que, mediante a ação de indenização, se enriqueçam umas pessoas à custa de outras. É preciso que haja uma relação de causa e efeito entre o dano e o ato que o causou.

O Código exige que os lucros a considerar na indenização sejam aqueles que o lesado “razoavelmente” deixou de obter. De fato, calculam-se os lucros cessantes com base nas circunstâncias normais, de maneira que, ocorrido um fato lesivo, examina-se como estariam as coisas, se aquele fato não tivesse ocorrido. Em princípio, as circunstâncias extraordinárias que poderiam talvez ter acontecido não se levam em consideração. É preciso que o lucro seja não só possível, mas que ele seja de fato provável. Entretanto, se até o momento do pagamento da indenização aconteceram realmente fatos imprevisíveis que teriam produzido lucros extraordinários, estes devem ser indenizados. Exemplo: deflagração de guerra, em razão da qual a fábrica de armamentos teria lucrado consideravelmente se tivesse recebido a tempo as máquinas encomendadas. Esse lucro cessante deve ser indenizado.

A extensão do dano efetivo é examinada no momento em que o dano ocorreu. A base de cálculo é sempre o momento do dano, mas terá que se levar em consideração o momento do pagamento. Então, se um objeto há um ano valia tanto e hoje não o compro com o mesmo dinheiro indica que deverei receber o equivalente ao valor que o objeto tem hoje.

8. Formação do contrato. Contrato é figura jurídica presente em diversos ramos do Direito Civil, além do direito das obrigações, também no direito das coisas (constituição de uma hipoteca) e no Direito de Família (escolha do regime de bens e o próprio casamento).

O contrato nasce da vontade coincidente de pelo menos duas pessoas. Essas manifestações são, de um lado, a proposta, de outro, a aceitação. A proposta é mais do que simples tratativa, atividade preliminar à formação de um contrato. Antes do nascimento de um contrato podem existir, e em regra existem, negociações preliminares até o momento em que se manifesta uma decisão entre as partes que estão em contato para a efetivação de algum negócio. A decisão é precisamente a manifestação de vontade.

É preciso sempre surpreender o momento em que houve volição, quando surgiu realmente a determinação de realizar o negócio. Nos contratos por escrito, tudo se torna fácil, porque se tem desde logo um documento para análise. Mas nem sempre

os contratos se fazem por escrito. Em princípio, em nosso direito, como nos sistemas jurídicos modernos, vigora a regra da liberdade de forma, o que quer dizer que, a não ser naqueles casos em que a própria lei exige forma ou naqueles outros em que as partes no ato preliminar elegeram uma forma, o contrato, fora dessas hipóteses, passa a existir independentemente de uma forma específica.

É, portanto, problema de interpretação saber se houve ou não negócio jurídico. Mas mesmo que não haja contrato, já existe por vezes a responsabilidade pré-contratual de agir com lealdade, comando que apanha as partes ainda antes do momento da realização do negócio. Esse dever resulta do princípio mais geral da boa-fé, existente em todos os sistemas jurídicos.

É preciso que, na proposta, constem pelo menos os elementos essenciais do tipo do negócio jurídico que se pretende, definidores de uma certa categoria jurídica de contrato. Depois, pode conter os elementos acidentais, tais como termo, prazo etc.

A proposta não é uma manifestação que se transforma em outra, a proposta e a aceitação são as manifestações de vontade que formam o conteúdo do negócio jurídico que se pretendeu realizar.

A proposta e a aceitação são manifestações de vontade. Elas seriam negócios jurídicos?

O nosso Código Civil tem a respeito da proposta o seguinte regime jurídico (arts. 1.080 e ss. do CC/1916; arts. 427 e ss. do CC/2002): a proposta é uma manifestação de vontade que a torna irrevogável a partir do momento em que chega ao conhecimento do destinatário. É vinculativa, o que não acontece em outros sistemas jurídicos, isto é, gera um dever. Essa manifestação de vontade é receptícia no sentido de que para sua eficácia depende da recepção pelo destinatário.

Antes de chegar ao conhecimento do destinatário, a proposta é revogável. A reatratção deve chegar ao conhecimento da outra parte antes ou simultaneamente com a proposta.

Para produzir efeito, é preciso que a proposta tenha chegado ao conhecimento da outra parte, em favor de quem ou perante quem ela é formulada, tornando-se irrevogável e eficaz. Isso gera ao destinatário o direito formativo de aceitar, um novo Direito que se incorpora ao patrimônio jurídico do destinatário, direito que ele não tinha antes, que é o direito de aceitar e, aceitando, formar um negócio jurídico.

Se a pessoa, ao aceitar, fizer modificações ou alterações na proposta, entende-se que não houve aceitação, porquanto o destinatário tem que aceitar nos exatos termos postos pelo proponente. Nesse caso, houve outra proposta, já agora feita por aquele que seria o aceitante, em favor ou em face daquele que seria o proponente. Isso significa que não houve o exercício formativo gerador de aceitar, e se exerceu a faculdade geral que cabe a qualquer pessoa, resultante do princípio da autonomia da vontade, de propor negócio jurídico.

Segundo Pontes de Miranda, proposta e aceitação seriam negócios jurídicos, e o contrato que se forma da coincidência da proposta e da aceitação seria “negócio

jurídico inter-integrativo". Mas negócios jurídicos não seriam: apesar de haver autonomia, o efeito da proposta é aquele que a lei dá, e o mesmo acontece com a aceitação, cujo efeito é o previsto na lei [faltaria aí um elemento do negócio jurídico, que é a determinação dos efeitos pela vontade das partes]. Na verdade, seriam atos jurídicos em sentido estrito; negócio jurídico seria o resultante da proposta e da aceitação.

9. Cartas de intenção. Por influência do Direito norte-americano, são elaboradas as chamadas "cartas de intenção", ou os "protocolos de intenção". O modo como esses atos entram no Direito brasileiro gera certa dificuldade. A proposta é, em princípio, obrigatória (art. 1.080 do CC/1916; art. 427 do CC/2002), mas pode não ser, se o contrário resultar dos seus termos. Certas cartas de intenção seriam apenas um simples convite para que se oferte. A pessoa diz que, sob certas condições, estaria disposta a realizar um negócio jurídico, dependendo do que fosse estabelecido pela outra parte. Não é uma proposta; é, em princípio, um convite para que se proponha. Mas, se a pessoa disser que o protocolo de intenção é obrigatório, poderia ser um pré-contrato ou um contrato definitivo, dependendo da reunião dos elementos necessários e da sua interpretação. Saber se houve ou não vinculação é problema de interpretação.

10. Interpretação. E como se faz a interpretação nesses casos? A interpretação jurídica em matéria de contratos é uma interpretação de tipo normativo. Não é interpretação do tipo psicológico. Não pesquisamos a fundo e definitivamente o que a pessoa na realidade poderia ter pretendido, apesar de existir um artigo no Código Civil que diz que prevalece a intenção das partes. Mas não há, evidentemente, uma pesquisa da intenção até o seu último grau. À frente de um contrato, temos de examinar um sinalagma genético, que é fusão de duas promessas, e como temos de ponderar os interesses das duas pessoas que contrataram, e não a de uma só, a interpretação se diz normativa, porque ela se extrai do conteúdo cognitivo de ambas as partes, e não apenas de uma delas. Portanto se lapida o conteúdo hipotético conjectural da manifestação de uma das partes para somente considerar aquilo que poderia ter tido a manifestação de vontade da outra. A interpretação se diz jurídica ou normativa, em oposto à interpretação psicológica, porque lapidamos a vontade para deixar aquilo que é cognoscitivo a ambas as partes. A interpretação dos atos *intervivos* é mais normativa do que nos atos *causa mortis*, que só tem uma parte. A tarefa de interpretação dos atos *causa mortis* é restabelecer a vontade do testador. Há também aí uma interpretação normativa, mas é um pouco diversa, porque se pesquisa mais a vontade do testador. Já, na interpretação de atos *intervivos*, se verifica a vontade de ambas as partes na proposta e na aceitação e daí se procura construir, não a vontade presumida, mas a vontade real. Por isso se diz que a interpretação de atos *intervivos* é mais objetiva.

11. Vício redibitório. Poderíamos imaginar que a figura do vício redibitório pudesse estar englobada nos casos de erro, da parte geral. Afinal, alguém que adquire um objeto que tem um vício oculto que lhe diminui o valor ou que o torna

imprestável ao uso, incidiria em erro na substância, uma forma de erro que conduziria à anulabilidade, porque o vício redibitório é vício na coisa, de tal forma que se poderia imaginar que, se não existisse o regramento específico, as hipóteses que o Código Civil tem como vício redibitório seriam englobadas no regramento do erro, sobretudo no erro quanto à substância, o que conduziria à anulabilidade do negócio jurídico.

O seu tratamento em separado significa que os vícios redibitórios constituem até certo ponto ou são na verdade uma sobrevivência histórica do Direito Romano, porque nele e no Direito moderno os princípios a respeito do erro não cobrem toda a área lógica.

No vício redibitório, em regra, há um erro, mas não se valoriza propriamente o erro, e sim uma figura jurídica que tem um tratamento jurídico muito menos amplo do que o erro, que tem prazos que não são como os prazos do erro, e sim prazos decadenciais muito menores, e que era, ao tempo do Direito Romano, objeto de ações específicas e não de ações de anulação por erro. Portanto, apesar de haver muitas vezes erro, no vício redibitório, na verdade não se valoriza o erro em si mesmo, porque uma outra figura passa-lhe à frente, ou seja, o vício redibitório. É o vício oculto que diminui o valor da coisa que se adquiriu ou a torna imprópria para a aplicação que se deseja. Diz o art. 1.101 do CC/1916 (art. 441 do CC/2002): “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

A coisa recebida é coisa corpórea, não é direito. Os vícios do direito não se chamam redibitórios: para os vícios do direito temos a evicção.

Esse vício oculto não é conhecido por quem recebe e, por vezes, nem sempre, por quem vende. Se fosse conhecido por quem vende, haveria dolo. Enquanto as regras do vício redibitório sobrepairam sobre as do erro, não sobrepairam sobre as do dolo. Então, pode acontecer que, se o alienante conhecia o vício redibitório e não esclareceu o comprador, a hipótese não seria de vício redibitório porque houve vício e mais dolo do alienante. E no conflito dolo do alienante e vício redibitório prevalecem as regras do dolo; no conflito entre vício redibitório e erro, prevalecem as regras do vício redibitório.

12. Evicção. A evicção é vício de direito e, nesse sentido, se distingue do vício da coisa (vício redibitório). Em todas as transferências, há obrigação de garantir a titularidade, o domínio ou a posse da coisa transferida. É um dever presente em qualquer disposição; o negócio jurídico dispositivo traz consigo o dever de garantir a propriedade e a posse desse bem. Se quem transferiu não fosse o proprietário e não pudesse mesmo transferir o bem, ele infringiria o dever de garantir essa transferência.

A questão está em saber se a evicção é figura do Direito Material ou do Direito processual. Considerando o disposto no art. 1.107 do CC/1916 (art. 447 do CC/2002, com outra redação), a evicção se subsumiria toda ela no Direito material:

nos contratos onerosos, o alienante deve resguardar o adquirente dos riscos da evicção. Mas o art. 1.116 do CC/1916 (art. 456 do CC/2002) tem outra colocação: “Para poder exercer o direito, que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo”. Há aí uma particularidade. Se a evicção fosse um simples problema de Direito material, não se condicionaria o exercício desse direito ao chamamento à autoria, como previsto no art. 1.116. Assim, a evicção não se coloca somente no âmbito do Direito material, porque, para poder exercer o direito decorrente da evicção, isto é, aquele direito garantido no art. 1.109, é necessário chamamento à autoria. Se operasse apenas dentro do Direito material, não haveria necessidade do art. 1.116. Assim, logo que o evictor (o titular do direito que foi indevidamente alienado) promover a ação contra o evicto (o adquirente, que sofre a ação), alegando que o alienante não era titular do direito que transferiu, é preciso que o adquirente (evicto) chame à autoria o que alienou, o transmitente. Só depois do trânsito em julgado da sentença que reconhecer que o alienante não poderia ter transferido a propriedade, a posse ou o uso, é que o adquirente poderá haver do transmitente a indenização a que se refere o art. 1.109 (art. 450 do CC/2002).

Portanto a evicção é um instituto misto, de Direito material e de Direito processual.

13. Boa-fé. As partes de uma relação obrigacional oriunda de um contrato precisam proceder de boa-fé, quer dizer, devem observar o comportamento correto, correspondente à legítima confiança do outro contratante. O princípio da boa-fé age duplamente: enriquece o conteúdo da relação obrigacional e cria outros deveres que não os decorrentes do princípio da autonomia da vontade; e, enriquecendo o conteúdo da relação obrigacional, o princípio da boa-fé funciona como elemento estabilizador das pretensões do credor.

Os deveres derivados da boa-fé se ordenam em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos; podem também constituir o próprio conteúdo dos deveres principais.

Há deveres que decorrem da vontade, e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres da boa-fé.

Nem todo o adimplemento que não satisfaça integralmente à outra parte redundará em lesão ao princípio da boa-fé, pois a infringência tem que se relacionar sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem.

14. Esse breve apanhado, tanto quanto possível fiel, evidencia que Clóvis do Couto e Silva, há mais de 40 anos, discorria na sala de aula sobre os temas que hoje estão na ordem do dia do nosso Direito Civil.